TRAVAIL

Les ordonnances *Macron* réformant le droit du travail 313k2

2e partie

Sous la direction de
Pierre Le Cohu
Conseil en droit social, FIDERE Avocats

Nous poursuivons l'analyse des nouvelles dispositions du Code du travail résultant des ordonnances *Macron* du 22 septembre 2017 par trois études : la première rédigée par Alexis Bugada sur l'incidence du barème des indemnités qui peuvent être versées aux salariés si leur licenciement est reconnu comme étant sans cause réelle et sérieuse ; une seconde étude cosignée par Léa Bensoussan et Nicolas Chenevoy sur la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité, devenu le compte professionnel de prévention, et sur l'obligation générale de prévention de la pénibilité ; le dernier article, par Steven Rioche, traite de la nouvelle institution représentative du personnel, qui est facultative : le conseil d'entreprise. Ce deuxième dossier n'épuise pas tous les aspects de cette réforme, riche et complexe, dont nous allons poursuivre l'étude tout au long des numéros à venir.

L'essentiel sur le tableau d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse 315n4

L'essentiel

Afin de satisfaire l'objectif de sécurisation de la rupture du contrat de travail et la prévisibilité de son indemnisation, un barème obligatoire est institué. Le changement est majeur. D'où la nécessité de présenter le périmètre et les modalités d'application de ce tableau, ainsi que les principales discussions qu'il suscite.

Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 2 : JO, 23 sept. 2017

Note par
Alexis Bugada
Professeur à l'université d'Aix-Marseille, centre de Droit social (EA 901)

1. Fondamentaux. Le référentiel indicatif a vécu. Voici venu le tableau obligatoire codifié à l'article L. 1235-3 du Code du travail par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (art. 2). Le Conseil constitutionnel lui avait barré la route en 2015 [1]. Non pas qu'il fût inconcevable. Mais les justifications alors retenues pour plafonner l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se fondaient pas sur des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié. Une différenciation structurée sur les seuils d'effectifs de l'entreprise n'était pas acceptable [2]. Le Conseil constitutionnel avait cependant admis que le législateur poursuivait un but d'intérêt général en prévoyant un montant minimal et maximal (assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche). Le chemin constitutionnel était ainsi tracé. Désormais l'ordonnance n° 2017-1387 retient un référentiel obligatoire. Il est tenu compte de l'ancienneté du salarié, calculée en année complète, de 1 à 30 ans et plus. L'indemnité maximale est fixée à 20 mois de salaire brut. Ce tableau s'impose au juge. Ainsi, le montant des dommages et intérêts octroyés sera compris entre un plancher et un plafond. La taille de l'entreprise n'est prise en compte que dans un cas précis, pour distinguer les entreprises de plus ou de

(1) Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC : Bugada A., « Plafonnement de l'indemnité de licenciement : focus sur l'inconstitutionnalité de l'article 266 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », JCP E 2015, 1441.

(2) Les montants étaient majorés lorsque le salarié avait au moins 50 ans ou en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi.

moins de onze salariés (dans la limite de ceux ayant 10 ans d'ancienneté). La finalité de cette distinction est limitée : les secondes, les plus petites donc, relèvent d'une grille aménagée pour l'indemnité minimale qui est amoindrie (v. tableau en ***annexe*** ci-après). L'indemnité maximale n'est en revanche pas différenciée selon la taille de l'entreprise. Dans l'attente du contrôle de constitutionnalité, à l'issue de l'adoption de la loi de ratification du 14 février 2018, la doctrine constitutionnelle soutient ainsi l'édifice : le législateur peut prévoir un montant différencié en deçà du seuil de onze salariés afin d'éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises qu'il a estimé économiquement les plus fragiles [3]. Cette analyse a été prolongée dans le cadre de l'examen de la loi d'habilitation, notamment au regard de l'office du juge. La garantie des droits (art. 16 de la Constitution) n'implique pas que le législateur s'abstienne de fixer un barème obligatoire pour la réparation d'un préjudice causé par une faute civile. La faculté d'agir en responsabilité peut subir des exclusions et des limitations dès lors qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs [4]. Cette doctrine a inspiré le Conseil d'État statuant en référé [5] sur ladite disposition avant validation législative. Le cap semble suffisamment solide. Le changement de paradigme est majeur ; la pratique prud'homale en sera transformée. Si l'idée consiste à lever un frein à l'embauche en promouvant la prévisibilité des indemnisations, elle se fonde aussi sur la volonté de les harmoniser sur le territoire.

2. Modalités. Afin d'aller à l'essentiel, on retiendra que le barème figurant à l'article L. 1235-3 du Code du travail est entré en vigueur pour les licenciements notifiés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit à compter du 24 septembre 2017. Les modalités d'applications sont les suivantes, étant précisé que la loi de ratification, sur le point d'être promulguée, apporte quelques précisions intégrées dans cette brève présentation :

– Le barème s'applique lorsque le licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse. Cela inclut les hypothèses de résiliation judiciaire et de prise d'acte conduisant à retenir une rupture aux torts de l'employeur [6].

– Le juge conserve la possibilité de proposer la réintégration en cas de licenciement injustifié. Lorsque l'une ou l'autre des parties refuse, il doit être fait application du barème.

– Pour déterminer le montant, le juge peut tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture (ex. indemnités contractuelles, conventionnelles ou issues d'un PSE). Le Conseil d'État a précisé que cette prise en compte ne valait pas déduction des indemnités dues au titre de l'article L. 1235-3, ce qui veut dire que le juge est invité à procéder à une appréciation globale [7] pour ajuster l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

– La question reste posée de savoir s'il faut comprendre l'indemnité légale de licenciement qui a été modestement améliorée [8]. Reprendre d'une main ce qui a été accordé de l'autre n'était probablement pas l'intention des réformateurs. Voilà pourquoi la loi de ratification l'exclut expressément de l'appréciation [9], ce qui autorise le cumul.

– Ces indemnités sont cumulables avec les indemnités versées en cas d'irrégularités commises dans la procédure de licenciement pour motif économique, dans des cas strictement énumérés [10] mais dans la limite des montants maximaux prévus par le nouveau barème. Cette exception étant rappelée, il s'en déduit que l'appréciation de l'indemnité est globale et ne permet pas le cumul des indemnités pour irrégularité de la procédure dans les autres cas [11]. L'indemnité pour vice de procédure, limitée à un mois de salaire, n'est envisagée que lorsque le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse (C. trav., art. L. 1235-2). Cette solution vaut même en cas d'inobservation d'une procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement [12].

> *« Une telle révolution des pratiques reste sujette à de vives discussions, d'abord parce que le dispositif comporte encore des zones d'ombre »*

3. Résistances. Ce cadre étant posé, une telle révolution des pratiques reste sujette à de vives discussions. D'abord parce que le dispositif comporte encore des zones d'ombre. Ensuite parce que des stratégies d'affrontements, d'abrasion ou de contournement sont en cours d'élaboration. Voici quelques éléments faisant la synthèse des points chauds concernant l'application du nouveau tableau (en ***annexe*** ci-après) :

– Le barème de l'article L. 1235-3 du Code du travail se distingue de celui servant de référence lors de la conciliation. Le second est moins progressif [13]. Mais l'un et l'autre proposent des bases objectives et un résultat prévisible qui pourraient (on peut le penser) favoriser le règlement amiable du différend au stade de la conciliation.

(3) Cons. const., 13 oct. 2016, n° 2016-582 QPC.
(4) Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC.
(5) CE, 7 déc. 2017, n° 415243 : le principe d'égalité entre victimes n'implique pas que l'autorité investie du pouvoir réglementaire traite de façon différente des personnes se trouvant dans des situations différentes.
(6) C. trav., art. L. 1235-2.
(7) Mouly J., « Les indemnisations en matière de licenciement », Dr. sociétés 2017, p. 10.
(8) C. trav., art. L. 1234-9 nouv. : bénéfice de l'indemnité légale à compter de 8 mois d'ancienneté et montant majoré (C. trav., art. R. 1234-2). D. n° 2017-1398 : JO, 25 sept. 2017. À savoir : « 1° Un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ; 2° Un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans. »
(9) Ainsi, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1235-3 est complété par les mots : « À l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9 ».
(10) Soit : en cas d'absence de consultation des IRP ou d'information de l'autorité administrative (C. trav., art. L. 1235-12), de non-respect de la priorité de réembauche (C. trav., art. L. 1235-13), ou en cas de carence dans la mise en place du comité social et économique (C. trav., art. L. 1235-15).
(11) Katchadourian M.-N. et Béal S., « Les nouvelles règles relatives à la rupture du contrat de travail », JCP S 2017, 1334.
(12) Cette nouveauté revient sur la jurisprudence qui admettait, dans ce cas, la violation d'une condition de fond.
(13) C. trav., art. D. 1235-1.

– Le barème ne fixe aucun minimum pour les salariés ayant moins d'un an d'ancienneté mais la jurisprudence a déjà décidé, sous la législation antérieure, que la perte injustifiée de l'emploi causait un préjudice au salarié dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue [14]. On peut penser que cette solution retiendra l'attention pour l'application de la première ligne du tableau.

– S'il prévoit un plancher et un plafond, le barème n'institue pas un mécanisme de dommage et intérêt punitif qui modifierait la charge et le régime de la preuve du préjudice. Si le minimum est un droit, son dépassement nécessite de démontrer l'existence et l'étendue du préjudice de perte d'emploi, à charge pour le juge de tenir compte de la situation particulière du salarié (qualification, charges familiales, retour à l'emploi, etc.) dans la limite du maximum [15].

– À ce titre, le juge reste tenu de justifier, dans le jugement qu'il prononce, le montant des indemnités qu'il octroie (C. trav., art. L. 1235-1). Ce travail de motivation reste d'autant plus essentiel que l'ensemble des préjudices recouvrant celui de perte d'emploi demeure mal fixé [16].

– On peut donc s'interroger sur la question de savoir si ce dispositif ne va pas inciter les juges prud'homaux à proposer la réintégration pour, en cas de refus, se diriger vers une indemnisation haute (mais dans la limite du maximum). Le risque de glissement de la réparation vers la sanction n'est pas négligeable si telle devenait la pratique.

– L'exigence de motivation pourrait, de surcroît, être utilisée pour agréger des préjudices complémentaires à celui réparé au titre de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Rien de fondamentalement nouveau (ex. préjudice moral) mais la tendance pourrait s'amplifier en cas de violation d'une obligation spécifique (ex. obligation de sécurité [17], obligation de formation [18]). Ces préjudices spécifiques pourraient être davantage admis faute d'être englobés dans la perte d'emploi. C'est ainsi que récemment, la Cour de cassation a approuvé la condamnation à des dommages et intérêts pour atteinte à la vie privée du salarié dans la production de dires issus d'un compte Facebook [19]. D'autres condamnations de ce type pourraient apparaître au gré de l'imagination des plaideurs et de la réceptivité des juges prud'homaux.

– Enfin, certains contestataires placent de l'espoir dans le contrôle de conventionnalité judiciaire [20]. Mais un précédent réduit cette perspective : alors que l'ordonnance n'était pas encore ratifiée, un syndicat a tenté d'obtenir la suspension dudit barème devant le Conseil d'État. Était invoquée son incompatibilité au regard de la Convention OIT n° 158 (art. 10) [21] et de la Charte sociale européenne (art. 24) [22]. L'argument s'appuyait sur une décision du Comité européen des droits sociaux (CEDS) critiquant l'indemnisation forfaitaire retenue par la Finlande [23]. Le Conseil d'État tempère l'interprétation faite par le requérant de la doctrine du CEDS [24]. Il rappelle ensuite les pouvoirs du juge dans les limites du barème et – surtout – les limites du domaine d'application du tableau qui ne concerne pas la nullité de la rupture, ce qui confère de la souplesse au dispositif. Le terrain est ainsi balisé, mais il est probable que la contestation soit reproduite dans les contentieux prud'homaux une fois l'ordonnance ratifiée (contrôle ordinaire de conventionnalité des lois).

> *« Le barème n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité »*

4. Limites. Le domaine d'application du barème comporte une importante limite. Celui-ci n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement [25] est entaché d'une nullité (C. trav., art. L. 1235-3-1). Les cas de nullités sont énumérés [26] : harcèlement moral ou sexuel, licenciement discriminatoire ou consécutif à l'exercice du droit alerte pour crime ou délit, violation de la protection

(14) Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13578 : JCP S 2017, 1369, note Bugada A. ; Gaz. Pal. 13 déc. 2017, n° 309x9, p. 48, note Cohen-Donsimoni V. (qui évoque une présomption de préjudice).

(15) CE, 7 déc. 2017, n° 415243, cons. n° 8 : le juge détermine, à l'intérieur de ces limites, le montant de l'indemnisation versée à chaque salarié en prenant en compte d'autres critères liés à la situation particulière de celui-ci.

(16) Bugada A., « Les nouveautés procédurales issues des ordonnances du 22 septembre 2017 », JCP S 2017, 1319.

(17) Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-24350 : Gaz. Pal. 29 mars 2016, n° 261r1, p. 69, note Bugada A. (épuisement professionnel dû à des déplacements importants).

(18) Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21255 : Bull. civ. V, n° 146.

(19) Cass. soc., 20 déc. 2017, n° 16-19609 : informations extraites du compte Facebook de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié (informations réservées aux personnes autorisées).

(20) Sur ce point : Mouly J., « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », Dr. sociétés 2017, p. 745 ; Percher C., « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », Rev. travail 2017, p. 726.

(21) Selon ce texte : lorsque les juges arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.

(22) Droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

(23) CEDS, 8 sept. 2016, n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c/ Finlande.

(24) Qui consisterait à considérer que serait interdit un plafonnement inférieur à 24 mois.

(25) La loi de ratification y inclut les résiliations judiciaires ou les prises d'actes produisant les effets d'un licenciement nul (C. trav., art. L. 1235-3-2 nouv.).

(26) La loi de ratification modifie à nouveau l'article L. 1235-3-1 afin d'en clarifier l'énoncé. Les cas de nullités sont énumérés de la façon suivante : « 1° La violation d'une liberté fondamentale ; 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ; 3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 ; 4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ; 5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles L. 2411-1 et L. 2412-1 en raison de l'exercice de son mandat ; 6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L. 1225-71 et L. 1226-13. ».

accordée au titre d'un mandat, violation de la protection accordée au titre des accidents du travail, d'une maladie professionnelle et de la maternité [27]. Dans ces cas, le montant de l'indemnité est librement fixé par le juge et ne saurait être inférieur aux salaires des six derniers mois, ce qui constitue un plancher désormais harmonisé pour les licenciements nuls. Encore faut-il que le salarié n'ait pas demandé la réintégration ou que celle-ci soit impossible. Le dispositif prévoit néanmoins un cas « ouvert », dans l'hypothèse d'une nullité afférente à une liberté fondamentale. La liste est donc faussement limitative [28]. C'est là une précision qui prolonge la jurisprudence en matière de liberté d'expression, d'agir en justice, de droit de grève ou de liberté syndicale. Mais la catégorie des libertés fondamentales reste difficile à paramétrer, spécialement au regard de sa source constitutionnelle (Préambule et Constitution) [29]. Elle sera d'autant plus discutée qu'elle présente un intérêt tangible pour l'employeur puisqu'elle a une incidence sur l'indemnisation [30]. En effet, le nouvel article L. 1235-2-1 du Code du travail limite les effets du motif contaminant le contenu de la lettre de licenciement. En cas de pluralité de motifs, dans ce cas précis [31], la nullité de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité allouée. L'office du juge doit le conduire à circonstancier l'ensemble des motifs qui fixent les limites du litige [32] afin de pondérer, si les autres griefs sont avérés, le montant total de l'indemnité versée pour nullité du licenciement. La méthode de pondération n'est pas donnée par la loi mais l'invocation d'un grief liberticide environné de griefs classiques restera rare. Voilà pourquoi, il n'est pas besoin d'être devin pour prédire que les demandes, à titre principal ou subsidiaire, dévieront malgré tout sur les hypothèses permettant de solliciter l'indemnisation pour cause de nullité de la rupture [33]. Comme en science des fluides, la fermeture d'une vanne peut provoquer d'autres débordements. Reste à savoir de quelle manière le juge appliquera la réforme et en respectera l'esprit.

(27) Dans ce cas, l'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle (C. trav., art. L. 1235-3-1, al. 3).

(28) Favennec-Héry F., « Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail », JCP S, 1309.

(29) Cass. soc., 15 nov. 2017, n° 16-14281 : le principe de non-discrimination ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958.

(30) Adam P., « Libertés fondamentales et barémisation : la grande évasion », Rev. travail 2017, p. 643.

(31) La loi vise une liberté fondamentale, et non pas seulement une atteinte au droit des personnes ou aux libertés individuelles ou collectives au sens de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

(32) La lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement : C. trav., art. L. 1235-2, nouv.

(33) Favennec-Héry F. prédit le développement d'un « contentieux artificiel » pour échapper au plafond.

Annexe

Article L. 1235-3 du Code du travail :

« Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture.

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article.

Nota : Conformément à l'article 40-I de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance. »